Doutrina

ARBITRAGEM

OCTÁVIO BUENO MAGANO (*)

1. Considerações preliminares

Uma causa trabalhista requer de cinco a sete anos para chegar ao seu termo final. Essa demora na solução dos litígios trabalhistas resulta de diversos fatores mas principalmente de sua convergência exclusiva para organismos judiciários (Justiça do Trabalho e Justiça Federal), onde é flagrante a desproporção entre a avalanche de processos e o reduzido número de juízes incumbidos de os julgar. Essa simples constatação já aponta para a conveniência de se incentivar o funcionamento de mecanismos de justiça privada, o que quer dizer arbitragem.

2. Denominação

O de que se cuida é de arbitragem e não de arbitramento. O último termo significa meio de prova, obra de perito, cujas conclusões não vinculam o juiz, a quem cabe, se quiser, determinar nova perícia. A arbitragem, ao contrário, encerra decisão de um litígio.

3. Definição

Define-se, portanto, a arbitragem como decisão de um conflito levada a efeito por pessoa ou pessoas escolhidas pelas partes nele envolvidas. Dois são os elementos nucleares dessa definição: o caráter privado do juízo arbitral e a natureza voluntária do instituto. Dando-se prevalência ao primeiro elemento, pode-se caracterizar a arbitragem como justiça privada, em contraposição à justiça pública. Dando-se preeminência ao segundo, há de se dizer que a arbitragem constitui procedimento de autocomposição, contraposto ao procedimento de autodefesa e de tutela.

4. Divisão

A mais importante divisão da arbitragem é a que contrapõe a voluntária à obrigatória. (1)

Configura-se a primeira quando as partes gozam de liberdade de percorrer ou não a via arbitral e do direito de escolher os árbitros incumbidos de dirimir suas contendas. Não há qualquer óbice constitucional ao funcionamento da arbitragem voluntária. Como observa Hamilton de Moraes e Barros, "constitui erro grosseiro de direito dizer-se que a Constituição proibiu o juízo arbitral, quando, no art. 153, § 4º, declara que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ao direito individual." (2) Com efeito, a jurisdição só se mostra inevitável quando provocada por um dos sujeitos de um litígio. Mas se ambos os litigantes concordam em a por de lado, preferindo solução de justiça privada, jamais se poderá dizer que ficaram despojados do juiz natural. (3) Exclui-se, assim, a idéia esposada por alguns juristas no sentido de que a compatibilização do referido texto constitucional com o juízo arbitral só se torna possível através do expediente de homologação do laudo arbitral pelo Judiciário. (4) Longe disso, a homologação tem a finalidade exclusiva de dar executoriedade ao mesmo laudo, já que o juízo arbitral não goza de poderes coercitivos.

O que particulariza a última não é a subtração do direito das partes de se louvarem em árbitros de sua escolha, porque se isso ocorresse não haveria mais falar-se em arbitragem. O que a distingue da arbitragem voluntária é a sua imperatividade como meio de solução de conflito, com exclusão ou postergação da via judicial e exclusão ou postergação das vias de fato. Enquanto excludente da via judicial, a arbitragem obrigatória deve ser tida, entre nós, como inconstitucional por contrariar a regra do § 4º, do artigo 153, da Constituição. Enquanto excludente das vias de fato, a arbitragem obrigatória padece também do vício de inconstitucionalidade, pelo menos em co-

(*) Octávio Bueno Magano é Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

(1) O Código de Processo Civil português fala em julgamento arbitral necessário. (Vide art. 1525).

(2) Comentários ao CPC, Rio, Forense, s.d.p., vol. IX, pág. 377.

(3) Oliveira Jr., Waldemar Mariz de, Do Juízo Arbitral, "in" Encontro Participação e Processo, São Paulo, s.c.e., 1987, pág. 333.

(4) Carmona, Carlos Alberto, Arbitragem e Jurisdição, "in" Encontro Participação e Processo, s. c. e., 1987, pág. 316.

tejo com as atividades em relação às quais o direito de greve é assegurado. (5) Contudo, a arbitragem obrigatória não se mostra incompatível nem com a dilação do acesso à via judicial nem com o propósito de postergar a eclosão de vias de fato.

Força é não confundir a arbitragem compulsória com a tutela jurisdicional, como parece haver ocorrido com o legislador brasileiro ao falar da conversão do juízo conciliatório em arbitral, no § 2º, do art. 764, da CLT. A compulsoriedade de que se trata deixa intacto o caráter privado do juízo, desde que sejam os árbitros de livre escolha das partes, o que contrasta com a atividade jurisdicional exercida necessariamente por órgãos públicos, impostos às partes. (6) Mais se realça a distinção entre os dois juízos quando se tenha presente que o primeiro não pode empregar medidas coercitivas, quer contra as partes quer contra terceiros nem tampouco decretar medidas cautelares, (7) ao passo que o último não sofre qualquer restrição nesse sentido.

De tudo resulta que a arbitragem voluntária pode funcionar livremente entre nós, sem risco de a atividade respectiva ser duplicada pela atividade jurisdicional. Quanto à arbitragem compulsória, a viabilidade de sua implantação dependeria de não ser excludente da via judiciária e das vias de fato constitucionalmente protegidas, em relação às quais a sua função haveria de ser meramente dilatória.

5. Arbitragem de causas trabalhistas

No que concerne às causas trabalhistas, há, desde logo, uma dificuldade a enfrentar-se. Nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil, só são passíveis de arbitragem os direitos patrimoniais sobre os quais se admita transação. (8) Ora, em relação aos direitos trabalhistas, o entendimento dominante é o de que não comportam nem renúncia nem transação. Parece que, realmente, o legislador deu às normas respectivas caráter de ordem pública, segundo se infere do disposto no artigo 444, da CLT, onde se lê que as relações de trabalho não podem ser livremente pactuadas quando contravenham às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Em doutrina, fala-se mesmo no princípio de irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. (9)

Na Itália corporativista, o legislador tomou posição explícita sobre o assunto, afirmando, peremptoriamente, no artigo 2.113, do Código Civil, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e a sua incompatibilidade com o instituto da transação. Por outro lado, o Código de Processo Civil italiano proibiu a inserção de cláusulas compromissórias nos contratos coletivos de trabalho, a fim de resguardar o monopólio jurisdicional, em relação às causas trabalhistas. (10) Esse quadro só deixou de prevalecer com o advento da Lei nº 533, de 11 de agosto de 1973, que tornou possível a arbitragem de causas trabalhistas, quando respeitantes à interpretação ou à execuçao de contratos ou acordos coletivos de trabalho contendo cláusula compromissória. (11)

Para se desempedir o caminho da arbitragem de causas trabalhistas, no Brasil, é de todo em todo aconselhável a edição de ato legislativo ressalvando a inaplicabilidade das limitações contidas nos artigos 1.035 do Código Civil e 1.072 do Código de Processo Civil às mesmas causas. Basta simples alusão à admissibilidade da arbitragem relativamente aos dissídios trabalhistas, individuais ou coletivos. Não se diga que, com tal posicionamento, sujeita-se o trabalhador ao poder econômico do empregador, contrariando-se a índole tuitiva do Direito do Trabalho, porque a arbitragem não implica tal sujeição e sim a de ambas as partes ao poder do árbitro, cuja imparcialidade é condição de sua investidura. Por outro lado, há de se assinalar a tendência moderna no sentido de as normas trabalhistas tornarem-se flexíveis, perdendo mesmo o caráter tuitivo para se converterem em normas dispositivas (11A)

6. Favorecimento da arbitragem

O favorecimento da arbitragem de causas trabalhistas constitui política da Organização Internacional do Trabalho, exteriorizada na Recomendação nº 92, de 1951. Merece também realce a Carta Européia, que, em seu artigo 6º, 3 (Parte

(5) V. art. 162, da Constituição.

(6) Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido R., Teoria Geral do Processo, São Paulo, RT, 1979, pág. 88.

(7) Vide art. 1.086, do Código de Processo Civil.

(8) Vide art. 1.035, do Código Civil e 1.072, do Código de Processo Civil.

(9) Costa, Orlando Teixeira da, Interpretação e Aplicação do Direito do Trabalho, "in" Curso de Direito do Trabalho, coordenado por Octávio Bueno Magano em homenagem a Mozart Victor Russomano, São Paulo, Saraiva, 1985, pág. 129.

(10) Vide art. 808.

(11) Tarzia, Giuseppe, Manuale del Processo del Lavoro, Milano, Giuffrè, 1980, pág. 29.

(11A) Bunel, Jean et Dupupet, Fléxibilité dans le débat social, "in" Fléxibilité du Droit du Travial, Paris, Editions Législatives et Administratives, s.d.p., pág. 10. Vide também Lyon-Caen, Gérard, La bataille truquée de la flexibilité, "in" Droit Social, n.º 12, Decembre/1985, pág. 801.

II) cuida do fomento à arbitragem voluntária, como solução para os conflitos trabalhistas. Vários são os países que, no mundo ocidental, têm procurado incentivá-la. Na Europa, realça-se a Espanha que, a partir da Constituição de 1978, a adotou como procedimento privilegiado. (12) Mas o país em que mais vicejou foi, sem dúvida, os Estados Unidos da América do Norte. Como assinala William B. Gould, mais de noventa e cinco por cento das convenções coletivas celebradas no referido país, contêm cláusula de arbitragem. (13) Tal foi o desenvolvimento ali alcançado pelo instituto que organizações especializadas se formaram para o porem em prática. A título ilustrativo, devem ser mencionados o "Federal Mediation and Conciliation Service", a "American Arbitration Association" e a "National Academy of Arbitrators". (14) As principais caracteríscas da arbitragem, nos Estados Unidos da América do Norte, podem ser assim sintetizadas: a sua incidência predominante ocorre em relação aos dissídios individuais, constituindo fenômeno relativamente raro a arbitragem de dissídios coletivos; (15) constitui, via de regra, epílogo de um processo chamado "grievance procedure"; a duração do referido processo é acentuadamente rápida; o encargo de arbitrar é geralmente atribuído a árbitros selecionados pelas entidades já mencionadas; o laudo do árbitro pode ser executado perante órgãos judiciais. (16)

7. A arbitragem em causas trabalhistas no Brasil

No Brasil, a arbitragem de causas trabalhistas é praticamente desconhecida, a despeito da previsão constante no item V, do artigo 613, da CLT, onde se diz que as convenções coletivas devem conter obrigatoriamente "normas para a conciliação das divergências surgidas entre os convenentes por motivo da aplicação de seus dispositivos." A falta de voga do instituto, em nosso país, explica-se, em primeiro lugar, pela preferência dos brasileiros pelas soluções de tutela e, depois, pelas arestas do modelo legal vigente, cujo aplanamento se requer.

Parece-nos que o primeiro obstáculo de nosso sistema a ser removido é o da atual inclusão dos direitos trabalhistas entre os que se consideram insuscetíveis de transação ou renúncia, e isso pelas razões acima expendidas.

A segunda providência a ser tomada, diz respeito à simplificação do "iter" do processo de arbitragem. À luz do modelo tradicional, o aludido processo compreende três fases: a da cláusula compromissória, a do compromisso e a da arbitragem propriamente dita. A cláusula compromissória pode ser considerada ou como promessa de compromisso ou como o próprio compromisso, sob a condição suspensiva de configuração de litígio. (17) O compromisso "é o contrato em que as partes decidem submeter suas pendências a árbitros nele nomeados." (18) A primeira se refere a uma lide "nondum nata" e o segundo a uma lide "iam nata". Por exemplo, numa convenção coletiva, abre-se espaço à cláusula onde se diz que qualquer pendência emergente de sua aplicação será dirimida mediante arbitragem. É a cláusula compromissória. Surgida a divergência, força será então celebrar-se o compromisso, (19) novo contrato em que se faz necessária a qualificação das partes; a designação e a qualificação dos árbitros; a descrição minuciosa do objeto do litígio; a determinação de responsabilidade quanto ao pagamento dos honorários do perito. Para complementação do aparato contratual, recomenda-se ainda a designação do prazo em que deve ser proferido o laudo; o esclarecimento sobre se a sentença arbitral será ou não passível de recurso; a previsão da pena a que se obrigue a parte infringente da obrigação de não recorrer; a autorização concedida aos árbitros para julgarem por eqüidade. Para obviar a inconveniência da celebração de novo contrato, causa freqüentemente geradora de impasse, a tendência das legislações modernas é no sentido de admitir que a cláusula compromissória "vaut compromis", devendo, para esse efeito, conter a designação de árbitros ou prever as modalidades de sua designação. (20) Essa a diretriz consagrada pelo novo Código de Processo Civil francês, (21) pelo Código de Processo Civil português (22) e também pela lei brasileira sobre juizado especial de pequenas causas, Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984. (23) Com a apontada parificação da cláusula compromissória ao

---

(12) Montoya Melgar, El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo, "in" Civitas, Enero-Março/1981, pág. 18.

(13) A Primer on American Labor Law, Massachusetts, The Mit Press, 1986, pág. 136.

(14) Idem, págs. 136/137.

(15) Ibidem, pág. 134.

(16) Elkouri, Frank e Elkouri, Edna Asper, How Arbitration Works, Washington D. C., The Bureau of National Affairs, Inc., 1985, págs. 23. 118, 153.

(17) Robert, Jean, L'arbitrage, Paris, Dalloz, 1983, pág. 67.

(18) Rodrigues, Silvio, Direito Civil, São Paulo, Max Limonad, s.d.p., pág. 294.

(19) Como diz Alfredo Buzaid, "o instituto do compromisso está intimamente ligado ao do juízo arbitral, porque é um meio em relação a um fim." (Do juízo arbitral, "in" RT-217/9).

(20) Robert, ob. cit., pág. 71.

(21) Vide art. 1.443.

(22) Vide art. 1.513.2.

(23) Vide § único, do art. 25.

compromisso, o juízo arbitral pode instaurar-se não só pelas partes em conjunto, mas por qualquer delas ainda que a outra recalcitre. (24)

A terceira providência a ser tomada para incentivar a arbitragem refere-se à composição do juízo arbitral. Nos termos do Código de Processo Civil Brasileiro, a arbitragem torna-se inviável se houver escusa por parte de qualquer dos árbitros; se qualquer deles ficar impossibilitado de votar, sem possuir substituto; se houver divergência entre os árbitros, quanto à nomeação de um terceiro. Como as aludidas hipóteses de inviabilização da arbitragem são suscetíveis de ocorrer com freqüência, inspirados na moderna legislação francesa, (25) preconizamos que, não havendo acordo entre as partes, quanto à nomeação de novos árbitros, o juízo arbitral possa ser constituído pelo Presidente do Tribunal do Trabalho, em cuja jurisdição ocorrer o litígio. Sob o aspecto ora em foco, mostra-se igualmente recomendável que a legislação brasileira, tal como a moderna legislação francesa (26) admita, na cláusula compromissória, ou no compromisso, a designação de pessoa jurídica como responsável pela organização do processo de arbitragem. Com isso estimular-se-á a criação e o aprimoramento de entidades privadas, especializadas em arbitragem.

A quarta providência a ser tomada para incentivar a arbitragem concerne à limitação das hipóteses de recurso contra o laudo arbitral. No caso de omissão das partes, deve-se presumir que o laudo é irrecorrível, salvo a configuração de nulidades. No que tange a estas, impõe-se a supressão do artigo 1.100, do Código de Processo Civil, a fim de que sobre a matéria, ocorra apenas a incidência das causas gerais de nulidade.

Por último, é preciso reconhecer que a validade do laudo arbitral não deve ficar condicionada à homologação judicial, não só por ser tal exigência diminutiva mas também por causa de suas implicações burocráticas. Quanto ao primeiro aspecto, vem a talho novamente a invocação do moderno Código de Processo Civil francês, em cujo artigo 1.476, lê-se o seguinte: "La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche." (27) No que tange às implicações burocráticas da homologação, vale a pena reproduzir aqui as considerações formuladas, sobre o assunto, por Carlos Alberto Carmona: A homologação transformou-se, aos poucos, num dos grandes entraves do instituto, prejudicando (ou até mesmo eliminando) as tão apregoadas vantagens da arbitragem: ao invés de se simplificar a solução do litígio, acaba-se por trazer novos elementos de complicação e procrastinação..." (28) Nem mesmo para efeito de execução é preciso manter a exigência de homologação. Basta que se insira o laudo arbitral na categoria de título executivo extra-judicial.

8. Conclusões

Não é possível que a consciência do povo brasileiro continue insensível ao fato de que uma causa trabalhista demore de cinco a sete anos para chegar ao seu termo final. A demora na prestação jurisdicional constitui forma disfarçada de denegação de justiça, estimulando renúncias e acordos ruinosos; gerando, ao mesmo tempo, descrença nas instituições e revolta contra a ordem social vigente. Como diria Camus, a revolta pode ser fruto da ascese de quem busca novo Deus.

Antes que o povo brasileiro queira submeter-se a deuses estranhos, melhor será que o livremos de suas frustrações, acenando-lhes com formas expeditas de solução de contendas.

Dentre as diversas formas de que se possa excogitar, a mais expedita é a da arbitragem. Daí desejarmos encorajar a sua prática. Referimo-nos ao incentivo da arbitragem voluntária, para a solução dos dissídios individuais e ao da arbitragem obrigatória, como fator dilatório e, por isso, eventualmente dissuasivo de vias de fato, nas áreas de algumas atividades essenciais, sem prejuízo de que, em outras, como as militares e para-militares, sejam totalmente proibidas.

O objetivo sublinhado só poderá colimar-se com a adoção das medidas sugeridas no corpo deste trabalho.

---

(24) Vide art. 1.445, do novo Código de Processo Civil francês: "Le litige est soumis au tribunal arbitral soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente."

(25) Vide art. 1.444, do novo Código de Processo Civil francês.

(26) Vide art. 1.451, do novo Código de Processo Civil francês.

(27) Vide no mesmo sentido o artigo 1.522, do Código de Processo Civil português.

(28) Ob. cit., pág. 316.